

### L'obligation de révélation de l'arbitre / The arbitrator's duty of disclosure

*Wissam Mghazli – Managing Partner / Co-head Arbitration Practice  
Ezzine Andoulsi – Associate*

*[English Bellow]*

En France, nombreux sont ceux qui ont entendu parler de droit de l'arbitrage pour la première fois au moment de l'affaire Tapie<sup>1</sup>. À cette occasion, le lien entre arbitres, conseils et parties a fait l'objet de nombreuses discussions et polémiques qui ont nourri de nombreux fantasmes quant à l'indépendance et l'impartialité des arbitres.

A cet égard, si le droit français de l'arbitrage veille bien à ce que les arbitres déclarent les liens éventuels qu'ils entretiennent ou ont pu entretenir avec les parties à l'arbitrage ou leur conseil, les juridictions françaises ont fréquemment l'occasion de préciser les éléments qui doivent être révélés ou non par l'arbitre.

C'est précisément l'objet de la décision rendue le 9 janvier 2024 par la cour d'appel de Paris<sup>2</sup> qui fait l'objet du présent bulletin.



Dans cette affaire, l'Ethiopian Roads Authority (ci-après l'« **ERA** »), entité publique éthiopienne chargée du développement et de l'entretien des routes, était opposée à une société de droit indien Sew Infrastructre Ltd (ci-après « **Sew** »).

---

<sup>1</sup> CA Paris, 17 février 2015, n° 13/13278

<sup>2</sup> CA Paris, 9 janvier 2024, n° 21/14563

Les parties étaient liées par un contrat (ci-après le « **Contrat** ») dont l'objet était la construction d'un tronçon de route entre deux localités éthiopiennes dans le cadre d'un grand projet routier national appelé « Projet de Couloir Mombasa – Nairobi – Addis Abeba ».

Le Contrat prévoyait la fourniture par Sew à l'ERA de garanties bancaires portant notamment sur la restitution d'acomptes et de garanties de bonne exécution.

Face au retard pris dans l'exécution du Contrat, l'ERA a résilié le Contrat en date du 20 juin 2016 et a appelé les garanties bancaires les 9 juin et 1<sup>er</sup> juillet 2016.

Saisi par Sew, conformément au Contrat qui prévoyait l'engagement d'une procédure pré-arbitrale devant le *Single Dispute Board Member* (ci-après le « **SDBM** »), le SDBM a rendu une décision faisant droit à deux des quatorze demandes formulées par Sew si bien que cette dernière a ensuite engagé une procédure d'arbitrage sous l'égide de la chambre de commerce internationale (ci-après la « **CCI** ») sur le fondement de la clause compromissoire insérée au Contrat.

Par sentence du 27 juillet 2021, le tribunal arbitral a condamné Sew au paiement de 22.720,41 et 79.150,25 dollars américains outre 5.505.610,76 de birr éthiopien, soit un peu moins de 100.000 dollars américains.

Le 12 août 2021, Sew a formé un recours en annulation devant la cour d'appel de Paris et l'affaire a été plaidée le 17 octobre 2023.

Sew prétendait notamment que le tribunal arbitral avait été irrégulièrement constitué tandis que l'ERA soutenait à ce propos que ce moyen était irrecevable.

En se fondant sur l'article 1520 du Code de procédure civile, Sew entendait faire valoir des arguments différents concernant, d'une part, deux des trois arbitres et, d'autre part, le troisième arbitre.

S'agissant des deux premiers arbitres, selon Sew, le fait de n'avoir donné aucune information sur leurs activités d'arbitre et de conseil en précisant n'avoir rien à divulguer suffirait à douter de leur indépendance et de leur impartialité.

S'agissant du troisième arbitre, Sew s'est prévalu de l'existence d'un lien entre ledit arbitre et le cabinet Clyde & Co qui représentait l'ERA dans la procédure arbitrale.

Précisément, Sew a fait état d'un article corédigé par l'arbitre intéressé et un membre du bureau parisien du cabinet Clyde & Co en 2013.

De même, Sew a précisé que ces deux personnes avaient participé à des conférences en qualité d'intervenants en 2013, 2016 et 2017.

Face à ces arguments, la cour d'appel de Paris a raisonné en deux étapes : elle a d'abord analysé la recevabilité du moyen avant d'en examiner le bien-fondé.

Sur la recevabilité, la cour d'appel de Paris rappelle que l'article 1466 du Code de procédure civile, applicable à l'arbitrage international par renvoi de l'article 1506 du même code, dispose que :

*« La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir. »*

A la suite de cette précision, la cour d'appel a noté que Sew n'a jamais mis en cause l'indépendance ou l'impartialité des trois arbitres au cours de la procédure arbitrale. Elle a alors jugé que le moyen était irrecevable.

Ce faisant, la cour d'appel s'est inscrite dans un courant jurisprudentiel et doctrinal connu et constant qui sanctionne le manque de diligence d'une partie et, surtout, prévient toute tactique dilatoire qui viserait à garder sous la main un argument procédural connu et à ne l'utiliser qu'au stade du recours contre les sentences.

Cette sanction doit être particulièrement approuvée dans la mesure où elle empêche toute manœuvre mais aussi parce qu'elle permet de garantir l'efficacité des procédures arbitrales et des sentences sur lesquelles elles débouchent.

En effet, en permettant le contraire, il suffirait pour une partie de laisser la procédure arbitrale suivre son cours jusqu'aux recours pour ensuite faire échec à leur exécution en dévoilant un argument déjà connu depuis la procédure arbitrale alors que ladite procédure aurait pu être purgée de ses éventuelles difficultés bien avant, ce qui serait finalement insatisfaisant pour l'arbitrage.

Sur le bien-fondé de l'argument tiré de l'irrégularité de constitution du tribunal arbitral, la cour d'appel de Paris concentre son raisonnement sur les éléments intervenus postérieurement à la communication et à l'acceptation des déclarations d'indépendance et d'impartialité puisqu'il ne peut être reproché à une partie de ne pas avoir fait état d'éléments qu'elle a connu postérieurement aux acceptations des déclarations d'indépendance et d'impartialité et que la procédure arbitrale était déjà en cours.

En effet, s'agissant des éléments antérieurs, ils auraient pu et du être discutés dans le cadre d'une procédure de récusation, laquelle permet à une partie, conformément à l'article 14 du Règlement d'arbitrage de la CCI (ci-après le « **Règlement** »), de saisir la cour internationale d'arbitrage de la CCI (ci-après la « **Cour** ») d'une demande de récusation d'un arbitre pour que la Cour tranche ce point.

La société Sew a notamment fait valoir qu'un arbitre et un conseil de l'ERA dans l'arbitrage ont participé à une conférence durant la procédure arbitrale au cours de laquelle ledit arbitre est intervenu comme orateur à une table ronde.

Elle faisait également état, au sujet des deux intéressés, de leur participation à un groupe de travail consacré à l'expertise dans l'arbitrage international et, plus largement, de leur collaboration depuis plusieurs années, dans une même ville non dévoilée par l'arrêt, à une entreprise de développement en commun de leurs activités respectives en matière d'arbitrage international dans le secteur de la construction vers des marchés étrangers.

Toutefois, la cour d'appel de Paris a retenu que ces liens ont un caractère scientifique ou académique sans pour autant créer un lien de subordination ou un courant d'affaires nécessitant sa révélation ou faisant naître un doute sur l'impartialité ou l'indépendance de l'arbitre.

La cour a également précisé que Sew ne rapportait pas la preuve de ces allégations concernant l'entreprise commune de développement des clientèles respectives de l'arbitre et du conseil de l'ERA.

A cet égard, il nous paraît justifié que la seule existence de lien académique ou scientifique entre un arbitre et le conseil d'une partie à l'arbitrage qui nomme ledit arbitre ne suffise pas à faire naître un doute suffisant quant à son indépendance ou son impartialité.

Cela s'explique par les particularités du monde scientifique et académique de l'arbitrage et de l'arbitrage lui-même.

En effet, il est fréquent de trouver des avocats spécialisés dans le domaine de l'arbitrage international qui siègent comme arbitre ou enseignent la discipline à des étudiants.

Dès lors, il est fréquent qu'un arbitre siégeant dans un tribunal arbitral puisse entretenir des liens professionnels, académiques, scientifiques ou encore confraternels, avec les conseils des parties à l'arbitrage.

C'est une conséquence de la singularité de l'arbitrage qui permet à des praticiens de connaître des différends à résoudre et aux parties de nommer des arbitres qui exercent par ailleurs les fonctions d'avocats ou encore de professeurs.

Ainsi, *a contrario*, si la seule existence de ce lien devait conduire à la récusation des arbitres ou à la révélation de la totalité des liens, il deviendrait plus difficile de pouvoir nommer des arbitres sans risquer souvent la récusation et les révélations deviendraient extrêmement fastidieuses et sans intérêt.

En définitive, la solution proposée par la cour d'appel de Paris renforce encore une fois l'attrait du droit français de l'arbitrage international en permettant non seulement d'éviter des tactiques procédurales dilatoires mais également de ne pas paralyser l'une des grandes particularités de l'arbitrage qui réside dans la possibilité de nommer les personnes qui auront à connaître du litige.



Le cabinet Komon Avocats et son équipe d'arbitrage international restent naturellement à la disposition des lecteurs pour des précisions complémentaires et échanger sur ces sujets utiles aux praticiens de la discipline.



In France, many people first heard of arbitration law during the *Tapie*<sup>3</sup> case. At this time the relationship between the arbitrators, their counsels and the parties were the subject of much discussion and controversy which then created many fantasies about the independence and impartiality of arbitrators.

In this respect, while French arbitration law requires arbitrators to declare the potential links they have or may have had with the parties to the arbitration, the French Courts frequently have the opportunity to specify the elements that must or must not be disclosed by the arbitrator or their counsels.

This is precisely the matter of the decision rendered on 9 January 2024 by the Paris Court of Appeal<sup>4</sup> which is the subject of this bulletin.

---

<sup>3</sup> Paris Court of Appeal, 17 February 2015, no. 13/13278

<sup>4</sup> Paris Court of Appeal, 9 January 2024, no. 21/14563

██████████

In this case, the Ethiopian Roads Authority (hereinafter “**ERA**”), an Ethiopian public body responsible for the development and maintenance of roads, was opposed to an Indian company, Sew Infrastrucutre Ltd (hereinafter “**Sew**”).

The parties were bound by a contract (hereinafter the “**Contract**”) for the construction of a section of road between two Ethiopian towns as part of a major national road project known as the “Mombasa – Nairobi – Addis Ababa Corridor Project”.

The Contract provided for the provision by Sew to ERA of bank guarantees relating in particular to the return of deposits and performance guarantees.

Considering the delay in performing the Contract, ERA terminated the Contract on 20 June 2016 and called the bank guarantees on 9 June and 1<sup>st</sup> July 2016.

In accordance with the Contract which provided for pre-arbitration proceedings to be initiated before the *Single Dispute Board Member* (hereinafter the “**SDBM**”), Sew referred to the SDBM which issued a decision granting two of the fourteen claims made by Sew, so that Sew subsequently initiated arbitration proceedings under the aegis of the International Chamber of Commerce (hereinafter the “**ICC**”) on the basis of the arbitration clause inserted in the Contract.

In an award dated 27 July 2021, the arbitral tribunal ordered Sew to pay US\$ 22,720.41 and US\$ 79,150.25 in addition to 5,505,610.76 Ethiopian birr – just under US\$ 100,000.

On 12 August 2021, Sew challenged the award before the Paris Court of Appeal and the case was heard on 17 October 2023.

Sew claimed, *inter alia*, that the arbitral tribunal had been improperly formed while ERA argued that Sew was inadmissible arguing so.

On the basis of article 1520 of the French Code of Civil Procedure, Sew intended to assert different arguments concerning, on the one hand, two of the three arbitrators and, on the other hand, the third arbitrator.

As for the first two arbitrators, according to Sew, the fact that they gave no information about their activities as arbitrators and counsels, stating that they had nothing to disclose, was enough to cast doubt on their independence and impartiality.

As for the third arbitrator, Sew relied on the existence of a link between the said arbitrator and the law firm Clyde & Co, which represented ERA in the arbitral proceedings.

Specifically, Sew referred to an article co-authored by the interested arbitrator and a member of the Paris office of Clyde & Co in 2013.

Sew also pointed out that these two individuals had taken part in conferences as speakers in 2013, 2016 and 2017.

For these arguments, the Paris Court of Appeal proceeded in two stages: it first analyzed the admissibility of the

plea before examining its merits.

On the admissibility, the Paris Court of Appeal noted that Article 1466 of the Code of Civil Procedure, applicable to international arbitration by reference from Article 1506 of the same Code, provides that:

*"A party who, knowingly and without legitimate reason, refrains from invoking an irregularity in good time before the arbitral tribunal shall be deemed to have waived the right to invoke it. »* (free translation)

Following this clarification, the Court of Appeal noted that Sew had never questioned the independence or impartiality of the three arbitrators during the arbitral proceedings. It then held that the plea was inadmissible.

In doing so, the Court followed a well-known and consistent line of case law and legal doctrine that sanctions a party's lack of diligence and, above all, prevents any delaying tactics that would aim to keep under one's hat a known procedural argument and use it only at the stage of the challenges against the award.

This reasoning must be particularly approved as it prevents any tactics, but also because it helps to guarantee the effectiveness of arbitration proceedings and the awards to which they lead.

In fact, by allowing the opposite to happen, it would be sufficient for a party to allow the arbitration to proceed until the challenge and then hindering its enforcement by revealing an argument that has already been known since the arbitration procedure, whereas the said procedure could have been cleared long before.

Such situation would definitely be unsatisfactory for arbitration.

On the merits of the argument alleging the irregularity of the formation of the arbitral tribunal, the Paris Court of Appeal focused its reasoning on the elements revealed after the communication and acceptance of the statements of independence and impartiality since a party cannot be accused of failing to address a problem that became known to it after the statements of independence and impartiality had been accepted and the arbitration proceedings was already underway.

Indeed, as far as the prior elements are concerned, they could and should have been discussed in the context of a challenge procedure, which allows a party, in accordance with Article 14 of the ICC Arbitration Rules (hereinafter the "**ICC Rules**"), to submit to the ICC International Court of Arbitration (hereinafter "**the Court**") a request for the challenge of an arbitrator in order for the Court to rule on that point.

Sew notably argued that an arbitrator and the ERA's counsel in the arbitration participated in a conference during the arbitral proceedings at which the arbitrator spoke as part of a panel discussion.

It also referred to their participation in a working group devoted to expertise in international arbitration and, more broadly, to their collaboration for several years, in the same city – not disclosed by the judgment – in an undertaking for the joint development of their respective activities in the field of international arbitration in the construction sector in foreign markets.

However, the Paris Court of Appeal held that these links were of a scientific or academic nature without creating a relationship of subordination and a business requiring disclosure or raising doubts as to the impartiality or independence of the arbitrator.

The Court also clarified that Sew did not provide evidence of these allegations concerning the joint development of their respective activities.

In this matter, it seems justified that the mere existence of an academic or scientific link between an arbitrator and the counsel of a party to the arbitration who appoints the said arbitrator is not sufficient to give rise to a serious doubt as to his independence or his impartiality.

This is due to the peculiarities of the scientific and academic world of arbitration and arbitration itself.

Indeed, it is common to find lawyers specializing in international arbitration sitting as arbitrators or being professors.

Therefore, it is common for an arbitrator sitting in an arbitral tribunal to have professional, academic, scientific, or confraternal links with the counsel of the parties to the arbitration.

This is a consequence of the singularity of arbitration, which enables practitioners to be appointed to settle disputes as well as the parties to appoint arbitrators who also act as lawyers or professors.

Thus, on the contrary, if the mere existence of this link were to lead to the replacement of arbitrators or to the disclosure of all the links, it would become more difficult to appoint arbitrators without often risking a successful challenge, and the disclosures would become extremely tedious and of no interest.

In short, the solution proposed by the Paris Court of Appeal once again strengthens the attractiveness of French international arbitration law by making it possible not only to avoid delaying procedural tactics but also not to paralyze one of the great particularities of arbitration, which lies in the possibility of appointing the persons who will have to hear the dispute.



Komon Avocats and its international arbitration team remain available to provide readers with further details and discuss these issues with arbitration practitioners.

### **Contact**

8, rue de l'Arcade 75008 Paris

[contact@komon-avocats.fr](mailto:contact@komon-avocats.fr)

[www.komon-avocats.fr](http://www.komon-avocats.fr)

